

Compte rendu

Ouvrage recensé :

Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, 287 p. ISBN 2-275-01048-3, 145 FF.

par Louise Poudrier-LeBel

Les Cahiers de droit, vol. 27, n° 3, 1986, p. 713-717.

Pour citer ce compte rendu, utiliser l'adresse suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042767ar>

DOI: 10.7202/042767ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, 287 p. ISBN 2-275-01048-3, 145 FF.

Il est toujours intéressant de lire un ouvrage de réflexion qui nous permet de nous interroger sur l'une des notions fondamentales du droit des contrats, l'autonomie de la volonté face à l'équité : « Qui dit contractuel, dit juste ». La réalité est souvent toute autre ! Comme les clauses abusives les plus flagrantes et les plus fréquentes dans la pratique contractuelle figurent dans les contrats passés entre un professionnel et un consommateur, l'auteur consacre son étude aux contrats de consommation où les parties se retrouvent dans un rapport de force inégale.

Le professionnel possède une supériorité technique sur le consommateur : il est rompu à la vie des affaires, connaît les obligations que le contrat mettra à la charge des deux parties, connaît les biens et services qu'il s'engage à fournir et les conditions de son engagement. D'un autre côté, le consommateur ne possède pas tous ces éléments : il ignore la qualité de l'objet commandé, méconnaît ses droits et obligations, fait confiance au professionnel. L'inégalité des parties se reflète aussi dans le mode de conclusion du contrat. Il s'agit d'un contrat unilatéralement pré-rédigé par le professionnel, qui doit, dans son ensemble, être rejeté ou accepté sans discussion. Le refuser obligerait le consommateur à conclure avec un autre commerçant qui lui proposerait en définitive pratiquement les mêmes conditions. Le consommateur se trouve ainsi contraint d'accepter les conditions offertes. Le professionnel profite de sa supériorité pour imposer au consommateur des clauses abusives que l'auteur définit ainsi :

Dans un contrat d'adhésion conclu entre un professionnel et un consommateur, unilatéralement pré-rédigé par le professionnel, est abusive toute clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties (p. 9)

Ces clauses vont organiser la formation du contrat, aménager les différentes obliga-

tions des parties, l'exécution du contrat et son inexécution. L'auteur donne les exemples suivants. Une clause prévoit :

- la possibilité pour le commerçant de retarder la conclusion du contrat alors que le consommateur est déjà engagé ;
- le droit pour le commerçant de déterminer unilatéralement la conformité du bien vendu ;
- la déclaration du consommateur à l'effet qu'il connaît les conditions du contrat et l'état des marchandises, alors qu'il les ignore, et la renonciation à faire valoir des promesses ;
- la fixation du prix selon un tarif en vigueur au jour de la livraison, sans possibilité de résiliation pour le consommateur ;
- le paiement immédiat d'une part importante du prix ;
- l'exclusion de la garantie ou sa limite à certaines pièces et pour une période très courte ;
- le droit pour le commerçant de modifier ou de rompre unilatéralement le contrat sans motif spécifique.

Ces différentes clauses présentent des points communs. Leur but est toujours le même : favoriser le professionnel au détriment du consommateur. Elles sévissent dans des contrats d'adhésion où n'existe aucune possibilité de négociation. Le déséquilibre du contrat est dû au défaut de réciprocité des stipulations. Les clauses abusives amènent à « sens unique » les obligations de l'une des parties, aucune clause ne prévoyant le même avantage au profit de l'autre contractant.

L'auteur recherche comment protéger le consommateur contre ces clauses abusives. Elle traite de deux méthodes. La première consiste à réglementer le contenu même des contrats. Il s'agit d'une « lutte directe » contre les clauses abusives. La deuxième consiste à combattre les causes mêmes de la présence des clauses abusives, l'inégalité des parties et le mode de conclusion du contrat. Il s'agit alors d'une « lutte

indirecte » contre les clauses abusives puisqu'elle s'attache à l'« environnement contractuel ».

1. La lutte directe

a) *La protection contre les clauses abusives par les principes généraux du droit des obligations*

Quelles règles de droit pourrait invoquer le consommateur pour éviter les effets néfastes de la présence, au contrat, de clauses abusives ?

L'auteure recherche d'abord s'il existe un principe général du droit des contrats venant en aide au consommateur. Un tel principe n'existe pas en droit français. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». (Article 1134 C.N.) Les théories de l'enrichissement sans cause et de l'abus de droit de même que les notions de cause et de lésion s'avèrent inefficaces pour contrôler l'équivalence des prestations. Néanmoins l'ambiguïté d'une clause permettra parfois au juge d'intervenir en faveur du consommateur. Les tribunaux ont aussi aidé le consommateur en reconnaissant la prépondérance des clauses manuscrites ou dactylographiées sur les clauses générales imprimées et en imposant un devoir de conseil au commerçant pour admettre le dol par réticence.

Y aurait-il lieu que le législateur permette au juge de contrôler l'équilibre des prestations ? L'auteure fait alors une rapide incursion dans d'autres systèmes de droit. Elle cite, entre autres, l'exemple du Québec, l'article 1040c) C.c., l'article 118 de la *Loi de la protection du consommateur* de 1971 (devenu l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* de 1978), et le Projet de réforme du Code civil. Elle rejette néanmoins cette « solution de facilité » car elle accorderait un trop large pouvoir d'appréciation aux tribunaux, augmenterait le nombre de litiges, entraînerait l'insécurité juridique et nierait toute liberté.

b) *La protection contre les clauses abusives par certaines mesures spécifiques*

Le développement du droit de la protection du consommateur est un phénomène mondial récent. Tout comme chez nous, la *Loi française sur la protection du consommateur* de même que la *Loi sur les assurances* réglementent les contrats qui y sont assujettis en imposant des mentions obligatoires.

La France présente cependant ce particularisme d'avoir une « Commission sur les clauses abusives ». (Pour une étude de cet organisme, voir A. SINAY-CYTERMANN, « La Commission sur les clauses abusives et le droit commun des obligations », (1985) 84 *R.T.D.C.* 471-521). Cet organisme se compose de quinze membres dont trois magistrats, trois représentants de l'administration, trois juristes, trois représentants des associations de consommateurs et de trois représentants des professionnels. La Commission peut être saisie soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations de consommateurs, ou encore par les professionnels. La loi lui reconnaît aussi le droit de se saisir d'un problème de sa propre initiative. Elle n'exerce aucun pouvoir décisionnel mais remplit seulement un rôle consultatif. Sa mission est triple. Elle donne son avis sur les projets de décrets ayant pour objet la réglementation des clauses abusives, elle recherche dans les modèles de contrats utilisés par la pratique, les clauses pouvant présenter un caractère abusif et fait des recommandations, enfin elle établit un rapport annuel et propose des modifications législatives et réglementaires.

L'année 1980 fut marquée par la publication de nombreuses recommandations. Certaines se rapportent à des contrats particuliers : contrats de ventes immobilières, de location à usage d'habitation, d'achats d'ameublements, de construction de maisons individuelles. D'autres ont une application plus générale : les clauses de garantie, l'inexécution des contrats.

La Commission exerce donc un contrôle *a priori* et en ce sens améliore la protection contre les clauses abusives. Cependant, l'auteure ne voit pas dans cet organisme le « moyen idéal » de lutte contre les clauses abusives puisque son rôle se limite à celui de conseil et que plusieurs de ses propositions de réformes législatives et réglementaires n'ont pas été prises en considération par le législateur. C'est pourquoi l'auteure préconise une autre forme de lutte, dite indirecte, qui se rattache à l'environnement contractuel.

2. La lutte indirecte

La recherche de mesures permettant un contrôle du contenu du contrat vise à éviter la présence des clauses abusives par la suppression de leurs causes, l'inégalité des parties et le mode de conclusion du contrat qui rendent difficile sinon impossible toute discussion du contrat. L'auteure envisage deux démarches, la conclusion individuelle et collective du contrat.

a) La conclusion individuelle du contrat

Lorsque l'adhérent n'a pas connu les différentes stipulations, lorsqu'il n'en a pas perçu toute la portée, son consentement ne fait-il pas défaut ? Lorsqu'il n'a pas compris telle ou telle clause, lorsqu'il n'a pas pu apporter les modifications qu'il jugeait nécessaires, a-t-il donné un consentement libre, exempt de tout vice ?

Le contrôle classique du consentement permet au juge de vérifier à la fois l'existence du consentement et sa validité. Certes le consommateur a voulu contracter mais il n'a peut-être pas consenti à toutes les conditions de ce contrat. Il devient nécessaire de rechercher s'il a effectivement voulu le contrat tel que rédigé. Les juges constatent l'absence de consentement si le consommateur démontre qu'il n'a pas pris connaissance des clauses inscrites sur une affiche, sur un document annexé, sur une facture. Il arrive même qu'ils déclarent

inopposables des clauses contenues au contrat lorsqu'elles sont illisibles ou présentent un caractère si déraisonnable qu'un individu ordinaire n'y aurait pas consenti. Il faut donc qu'un faisceau d'indices démontre l'absence de consentement pour qu'une clause abusive soit déclarée inefficace. Il s'agit d'un moyen de protection non négligeable mais néanmoins limité.

La théorie des vices de consentement peut aussi aider le consommateur. Lorsque l'erreur ne sera pas grossière et portera sur une qualité substantielle de la chose, le consommateur pourra invoquer cette cause de nullité.

L'évolution de la notion de dol permet la lutte contre les clauses abusives. La jurisprudence admet maintenant le dol incident, le dol sans erreur et même le dol par réticence qui découle du non-respect d'une obligation de renseignement à la charge du professionnel.

Mais ces vices entraîneront la nullité du contrat dans son ensemble. Cette sanction est inadaptée car souvent le consommateur aurait préféré faire reconnaître seulement la nullité de la clause abusive, par exemple lorsqu'une clause prévoit une révision de prix, permet au commerçant de substituer un bien à l'objet du contrat.

Pour l'auteure, le contrôle du consentement par les règles générales du contrat reste une arme importante dans la lutte contre les clauses abusives mais n'apporte pas une protection satisfaisante. Elle veut aller plus loin dans la protection du consentement, afin qu'il soit plus éclairé.

Des mesures préventives permettraient d'assurer une bonne information et une meilleure réflexion. Déjà une certaine information est donnée. Les associations de consommateurs assurent une information collective par leurs publications et répondent aux demandes de renseignements de leurs membres. Bien que la publicité des professionnels vise d'abord à inciter à contracter, elle contient maintenant certaines informations. Il serait bon que les travaux de la

Commission sur les clauses abusives soient plus largement diffusés et commentés. Il y aurait aussi lieu d'étendre à tout professionnel un véritable devoir de conseil imposé déjà par la jurisprudence aux avocats, notaires, architectes, assureurs. Cette responsabilité pré-contractuelle est mise en œuvre en dehors de toute référence à un vice de consentement. Cette obligation autonome trouve sa source dans l'inégalité des parties.

L'auteur mentionne aussi que le législateur français, dans le but de rendre le consentement plus réfléchi, accorde souvent des délais de réflexion. Dans les contrats de ventes d'immeubles à construire et d'enseignement à distance, la formation du contrat est retardée pendant un laps de temps déterminé. Dans les contrats de démarchage à domicile, de crédit à la consommation, de souscription d'un plan d'épargne, le consommateur bénéficie d'un « droit de repentir ». Elle regrette que la *Loi sur la protection du consommateur* n'intègre pas ces mécanismes.

b) *La négociation collective du contrat*

Pour que le contenu du contrat ne dépende pas uniquement de la volonté du professionnel, il faut rétablir l'équilibre entre les parties. À cet effet, les associations de consommateurs ont un rôle important. Sous leur pression déjà, les professionnels ont dû réviser la rédaction des contrats de ventes d'automobiles neuves. Dans les domaines de ventes de véhicules d'occasion et de baux d'habitation, des associations de consommateurs et des professionnels se sont réunis pour élaborer des contrats types. Ces accords ne lient que les membres de l'organisme signataire et n'ont qu'une valeur limitée.

Recherchant la protection « idéale » l'auteur s'inspire de l'expérience en droit du travail pour proposer une négociation collective des contrats. D'ailleurs en 1980, les organisations de consommateurs avaient

présenté un avant-projet de loi qui posait les trois règles suivantes :

- 1) La convention collective s'impose non seulement aux organisations qui l'ont signée, mais encore aux professionnels membres de ces organisations ;
- 2) Lorsqu'un professionnel est lié par une convention collective, les clauses de celle-ci s'appliquent aux contrats qu'il conclut avec tout signataire ;
- 3) Le ministre peut, par arrêté, étendre à tous les professionnels d'un secteur déterminé les conventions collectives qui ont été signées par les organisations les plus représentatives.

Les intérêts des consommateurs sont les mêmes que ceux des travailleurs : rétablir l'équilibre entre les parties, discuter à égalité des conditions du contrat, aboutir à un accord s'imposant à tous. Cette solution concilie liberté et justice contractuelles. L'auteur s'explique :

Liberté, puisqu'il ne s'agit plus d'imposer par voie légale ou réglementaire des dispositions contractuelles. Les parties restent libres de prévoir et décider les différentes conditions de la convention. Celle-ci garde donc entièrement sa nature contractuelle.

Justice, cependant, puisque dans une véritable négociation, les parties à égalité peuvent discuter le contenu des contrats ensuite proposés aux différents contractants.

De plus, les conventions collectives allient les caractères d'une bonne protection tels que nous les avons dégagés : une protection efficace du consommateur doit, en effet, être recherchée dans des mesures préventives plutôt que curatives ; collectives plutôt qu'individuelles.

Deux principes de notre droit exigent, en effet ces deux caractères :

le principe de la relativité des décisions judiciaires [...] [et] celui de la relativité des conventions. (p. 243, n° 361)

Les problèmes juridiques, la détermination des négociateurs, le contenu des conventions, leur force obligatoire et les moyens d'assurer leur respect, ne constituent pas des obstacles insurmontables. Par contre, les problèmes psychologiques semblent plus difficiles.

La concertation entre groupements de professionnels et associations de consommateurs suppose une volonté ferme d'aboutir. L'initiative revient aux consommateurs qui, en prenant conscience de leurs forces et en se regroupant, pourront mener un effort commun :

La négociation ne sera possible que si les consommateurs sont suffisamment puissants pour l'imposer aux producteurs et aux distributeurs. Là réside la plus grande entrave à l'institution d'une véritable concertation. (p. 254, n° 377)

Ayant pris conscience des dangers inhérents aux conventions unilatéralement pré-rédigées, il appartient aux consommateurs de prendre la responsabilité de leur propre protection. Le consommateur isolé ne peut rien aujourd'hui. En revanche, en se regroupant nombreux au sein d'associations, ils peuvent constituer une force suffisante pour influencer sur le comportement des producteurs et intermédiaires ; ils peuvent alors imposer leur volonté et discuter sur un pied d'égalité avec leurs partenaires. (p. 254, n° 378)

Lutter contre ces clauses, c'est tout d'abord tenter de rétablir l'égalité entre contractants et leur permettre ensuite de discuter, de négocier le contenu de leurs contrats afin d'éliminer les clauses abusives. (p. 255, n° 379)

Cette discussion ne saurait être demandée à tous les commerçants pour chacun de leurs contrats ; la capacité de négocier chaque terme de la convention ne saurait être rencontrée chez tous les consommateurs. L'égalité entre partenaires doit donc être recherchée entre groupements de consommateurs et groupements de professionnels. La concertation est, à ce niveau, possible si les consommateurs prennent conscience de la force qu'ils peuvent constituer en acceptant de se regrouper et de mener une lutte commune. Les professionnels verraient alors en eux des partenaires sérieux avec lesquels il faut désormais compter et accepteraient la concertation à laquelle ils se refusent encore. (p. 255, n° 380)

L'ouvrage de Madame Bricks intéressera sûrement les lecteurs québécois. Les règles issues des principes généraux du droit sont les mêmes dans notre pays. Notre Office de la protection du consommateur pourrait s'inspirer des recommandations de la

Commission sur les clauses abusives. Notre législateur retiendra-t-il la proposition de l'Office de révision du Code civil à l'effet de permettre au juge de contrôler l'équilibre des prestations ? Madame Bricks critique ce pouvoir qui amène l'insécurité juridique et oblige à recourir aux tribunaux. Mais déjà la suggestion très critiquée lors de sa formulation commence à gagner des adhérents au Québec. L'aspect le plus innovateur de l'ouvrage se trouve dans la proposition d'une négociation collective du contrat. Modeste, Madame Bricks conclut :

Cependant, la solution que nous proposons face au déséquilibre contractuel semblera, sans aucun doute, utopique à certains. Pouvons-nous alors nous permettre de conclure avec André Malraux : « Il n'est de grandes réalisations qui n'aient été d'abord utopies ! » (p. 259, n° 386)

Louise POUDRIER-LEBEL
Université Laval.

F. Lee BAILEY, *To be a trial lawyer*, New York, John Wiley & Sons Inc., 1985, 215 pages, ISBN 0-471-82734-7, 14.95 \$.

L'ouvrage de M. F. Lee Bailey s'adresse à ceux qui songent à entreprendre un jour une carrière d'avocat plaideur. Ce volume n'est donc pas un ouvrage spécialisé, ni même un ouvrage scientifique portant sur les techniques de représentation et de plaidoirie, comme pourrait le laisser entendre son titre. Tout au plus l'auteur cherche-t-il à faire découvrir au lecteur ce qu'est la vie de l'avocat plaideur, en quoi consiste son travail de représentation et enfin quels sont les outils qu'il doit maîtriser dans l'accomplissement de ses fonctions.

L'ouvrage est écrit en langage simple et les propos de l'auteur sont illustrés d'exemples qui leurs conservent un caractère très concret. Manifestement l'auteur parle d'expériences ; encore que M. Bailey, loin de livrer tous les secrets de son art, s'en tient prudemment à des généralités connues de tous les initiés. Tout ce qui est dit de la